

Testamento – Condição juridicamente impossível

– Instituição da “Santa Casa” como herdeira, sob a condição de a testadora falecer de *morte não natural* – Pesquisa de sua real intenção.

– Escolas dos *sabinianos* e *proculeianos* – Incidência aos testamentos da norma do art. 116 do C. Civ. – Invalidade da instituição de herdeiro e de gravames às legítimas.

CONSULTA

Sou consultado pelos herdeiros B.V.J. e outros, por intermédio de seu ilustre advogado Dr. Archimedes Almeida, a respeito de:

Ação declaratória de inaplicabilidade e/ou caducidade de testamento, cumulada, em caráter alternativo, com anulação do testamento que os Consulentes ajuizaram, na 2ª Vara de Família e Sucessões desta comarca de Porto Alegre, contra a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre e o Dr. D.L.B., este na qualidade de testamenteiro em público testamento feito lavrar por B.C., então B.V.

Formularam os Consulentes quesitos, ao final respondidos, e alusivos à *validade*, ou *eficácia*, ou *aplicabilidade*, ou *caducidade de disposições testamentárias* postas *sob condição* de a testadora falecer de *morte não natural* (*sic*).

Passo pois, com base nos elementos que nos foram fornecidos pelo ilustre advogado, à exposição dos fatos juridicamente relevantes, e a manifestar meu entendimento, *sub censura*, sobre as questões suscitadas pelos litigantes.

PARECER

Título I

SÍNTESE DOS EVENTOS RELEVANTES

1. No dia 29.10.85, a sra. B.V., casada, residente e domiciliada em Porto Alegre, dona de largo patrimônio, compareceu ao 2º Tabelionato da cidade de Caxias do Sul, onde fez lavrar público testamento instituindo a Santa Casa como herdeira de sua parte disponível, sob as seguintes cláusulas:

“2ª – Que, no caso do seu falecimento *não decorrer de morte natural*, a metade dos bens deixados por sua morte deverão ser destinados à instituição denominada Irmandade da Santa Casa de Misericórdia, sediada em Porto Alegre-RS, com endereço à praça Dom Feliciano, procedendo-se à partilha de tal forma que não resulte, em qualquer dos bens, comunhão entre os herdeiros legítimos e a ora instituída neste instrumento” (grifo nosso).

A cláusula seguinte impôs gravames às legítimas dos filhos, *verbis*:

“3ª – Que, ainda no caso de seu falecimento *decorrer de morte não natural*, dispõe mais que todos e quaisquer bens que couberem nos quinhões de seus herdeiros filhos, fiquem gravados com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, em caráter vitalício, ou seja, perdurando tais cláusulas, enquanto viver o herdeiro a quem coube este ou aquele bem” (grifo nosso).

Finalmente, pela cláusula 4ª, nomeia testamentários o primeiro advogado Dr. D.L.B. e o segundo o advogado Dr. L.I.

2. Vale referir, de logo, que a testadora, senhora já de certa idade, mãe de duas filhas casadas e um filho maior, encontrava-se com o estado de

espírito bastante alterado em consequência quer do processo de separação judicial litigiosa promovido contra seu esposo R.S.V., como por ameaças, reais ou imaginadas, que estaria recebendo.

Quanto a estas, eloqüente seu comparecimento, no dia 25.10.85 (portanto na 6ª feira que antecedeu a data da lavratura do testamento), à 1ª Delegacia de Polícia em Caxias do Sul, resultante na lavratura da Comunicação de Ocorrência nº 5.974, com o seguinte teor:

“ *Omissis* ”

3. De notar, ainda, que a testadora havia promovido *ação cautelar contra o marido*, obtendo liminar que *destituíu o varão da administração dos bens do casal*, liminar esta posteriormente cassada mediante mandado de segurança perante o eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

4. A testadora B. veio a falecer na capotagem de seu próprio automóvel, acidente ocorrido aos 29.1.91, na BR 290, morrendo na ocasião também um seu empregado. *Causa mortis* lançada como *traumatismo crânio-encefálico*.

5. Em dezembro de 1991 as filhas e herdeiras B.V.J. e seu marido L.P.L.J., e D.V.D. e seu marido P.F.D. (o filho F.C.V. já falecera) intentaram “ação declaratória de inaplicabilidade e/ou caducidade de testamento, cumulada, em caráter alternativo, com anulação do testamento”, requerendo a citação, como *réus*: a) da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia; e b) do Dr. D.L.V., na qualidade de *testamenteiro*.

6. Buscando resumir a inicial, nela narram os Autores que sua falecida mãe e sogra encontrava-se, ao tempo da separação judicial e do testamento, em situação de grave desequilíbrio psicológico que a levou a tratamento psiquiátrico com o Dr. Cyro Martins, com crises de irritação que inclusive motivaram o afastamento dos filhos da morada familiar. Passou B. a temer por sua vida, como comprova a queixa apresentada à polícia em 25.10.85, quatro dias antes da data em que ocorreram tanto a audiên-

cia na ação de separação, como a lavratura do testamento.

7. Segundo a inicial, estaria evidenciado o seguinte quadro:

“1º – a *testadora* estava afetada em seu equilíbrio emocional, sob tratamento psiquiátrico;

2º – os litígios de separação, por sua própria natureza, adquirem grande violência, afetando os sentimentos pessoais dos cônjuges;

3º – a disputa de B. com seu marido R. adquiriu lances extremos, com expectativas de decisões de alta relevância, constituindo-se a espera em interminável angústia pessoal, temor e, provavelmente, ódio (este o sentimento que se revela com maior vigor no rompimento dos afetos e do amor);

4º – o temor leva o amedrontado a interpretar fantasiosamente a realidade, vendo o que não existe, bem assim concluindo equivocadamente a respeito daquilo que ouve;

5º – em se tratando de pessoas da mais elevada expressão social, a desdita dos separandos passou a integrar os mexericos sociais, com parcializações e fantasias;

6º – a convergência do desequilíbrio nervoso, com as notícias de jornal, com os momentos decisivos do pleito, geraram na pessoa da *testadora* um quadro de extrema infelicidade que a levou a supor a possibilidade de ser vítima de um crime doloso contra a vida” (da inicial, pp. 10 e 11).

8. Sustentam os demandantes que não haveria de parte de B. nenhum verdadeiro propósito de beneficiar a Santa Casa de Misericórdia. A prova estaria a revelar, isto sim, um “desesperado desejo de punir, caso viesse a ser assassinada, temor que passou a atormentá-la e que ensejou a queixa feita à autoridade policial, na sexta-feira que antecedeu a lavratura do testamento”, acrescentando-se que na véspera recortou ela uma matéria publicada por *Zero Hora* sob a manchete: *Homens matam mulheres que reclamam partilha*.

O acidente de carro que vitimou a testadora não manteve a menor relação com a “penalização das

filhas B. e D. em perderem metade dos bens de B. e, ainda, ficarem com as suas legítimas gravadas com as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, em caráter vitalício”.

Destarte, “a condição imposta pela testadora emergência do temor de ser assassinada, de ser assassinada pelo marido ou por ordem dele. A interpretação da vontade da testadora só pode ser a de que a condição que implementaria o legado e o gravame decorreria de crime doloso contra a vida. A morte em tais circunstâncias é que seria a morte não natural” (inicial, p. 16).

9. Após transcrições doutrinárias quanto à necessidade de pesquisar a *real intenção do testador*, alegam os AA que, se B. realmente quisesse beneficiar a Santa Casa, tê-la-ia instituído herdeira *sem a estranha condição da ‘morte não natural’*. Assim:

“...o que B. queria efetivamente dizer com a expressão *decorrer de morte não natural* por ocasião da lavratura de seu testamento, feito em momento de grande angústia, ódio, revolta e sobretudo medo (na mesma data da audiência de sua separação judicial litigiosa, *extremamente litigiosa*), é que se fosse morta dolosamente, ou mais precisamente assassinada por seu marido ou a mando dele, é que o seu testamento teria validade e eficácia.

Essa era inquestionavelmente a sua intenção ao lavrar o testamento, que apenas não foi melhor explicitada no instrumento talvez até por constrangimento de dizer que temia que seu marido por tantos anos, o pai de seus filhos, pudesse matá-la, fato esse totalmente incondizente com o seu *status* social e posição econômica” (inicial, p. 20).

10. Após longas considerações sobre a real intenção da testadora, pedem os AA seja declarada a *inaplicabilidade do testamento, face ao não implemento da condição essencial à sua validade, conforme era sua real intenção quando da lavratura*; de outra parte, não realizada a condição suspensiva, ou seja, a morte *não natural* por assassinato, estaria *caduca a disposição testamentária*, em suma, caduco o testamento.

Encontrar-se-ia o testamento, outrossim, *viado em sua validade por erro essencial*, “fruto do estado de angústia atravessado por B. e as circunstâncias do estado de pressão já mencionadas”; assim, entendeu ela que o testamento *poderia ser a sua própria garantia de vida*. Logo, “merece ser anulado o testamento por ter sido o mesmo lavrado, no entendimento da testadora, sob coação de ameaça de sua vida. Havia o medo e o erro”.

Além disso, expressa um propósito “de revidar contra R., afetando-o, indiretamente, no cabedal material, que ele, orgulhosamente, costuma dizer que era o esforço de várias gerações da família V.” (inicial, p. 24).

11. *Respondeu* o testamenteiro D.L.B. argüindo que não se poderá “contestar a própria escala de afeto dedicado pelo testador, que é íntima, subjetiva e personalíssima”. Os AA. não pugnaram pela invalidade do testamento ante a insinuada falta de capacidade da agente, cuja normalidade psíquica é afirmada pela tabeliã e pelas testemunhas do ato. As disposições testamentárias são muito claras ao se referirem à *morte não natural*, faltando margem para que “se faça qualquer construção outra que não expresse o sentido das palavras ali contidas”, sem dubiedade ou obscuridade suscetível de interpretação; não aplicável, pois, o art. 1.666 do C.Civ. O testador, aliás, não está obrigado a fazer constar as razões de suas liberalidades.

12. A Santa Casa de Misericórdia igualmente *contestou*, longamente, o pedido da inicial, aludindo de início a que os AA. não negam a existência do testamento, nem afirmam sua revogação; inexistem vícios formais extrínsecos, e os elementos intrínsecos substanciais estão definidos. Nem negam os AA. que a testadora morreu de morte não natural, acidente automobilístico. A legítima dos AA. foi respeitada, e nenhuma norma de ordem pública infringida ou desrespeitada, não sendo o testador “obrigado a dar as razões pelas quais favorece certa pessoa”. Certamente a testadora teve em mira os relevantes serviços que a herdeira instituída presta à

comunidade, e a difícil situação financeira então enfrentada pela contestante. Se dúvida houvesse, devia resolver-se “sempre em favor da sucessão testamentária”. De resto, não se consente que o intérprete “leve a pesquisa da intenção do testador ao ponto de construí-la.”

Salienta a Santa Casa que a testadora referiu-se a *morte não natural*, portanto à interrupção do ciclo de vida “bruscamente, por força de acidente ou tragédia”, sem especificar a espécie *crime doloso contra a vida*. A elaboração do testamento “não teve por motivo determinante ou essencial, nem mesmo impulsivo ou acessório, o eventual medo da testadora de vir a ser assassinada pelo marido”; aliás, o testamento foi mantido por B. até a data de sua morte. Argúi que a “morte não natural é condição, condição do testamento e não da disposição testamentária”(sic); como a condição diz respeito ao “testamento como um todo”, tal condição “se tem por não escrita ou inexistente”; assim, “o testamento é aplicável e não caducou”.

13. Em alentada *réplica*, os AA reiteram que “a condição para a validade da disposição testamentária, flagrantemente punitiva, era o evento *morte não natural*, ou seja, uma morte evidentemente provocada dolosamente, jamais uma morte decorrente de um acidente de trânsito, que, aliás, é uma das maiores causas de morte no Brasil”.

O testamento é condicional, e a condição não se implementou. Se a condição testamentária fosse interpretada literalmente, estaríamos face a uma condição ilícita, porque absurda e destituída de qualquer lógica. O testamenteiro, irmão da serventuária, tendo permitido a lavratura de testamento redigido “de uma forma tão ambígua e incerta”, envolvendo patrimônio valiosíssimo, receberá, se aplicado, substancial vintena.

Aludem a que a própria testadora, em depoimento judicial, narrou encontrar-se em tratamento psiquiátrico com o Dr. Cyro Martins (embora os erros de datilografia aqui praticados pelo ajudante do escrivão); estava, pois, emocionalmente

perturbada. As disposições testamentárias encerram condição esdrúxula, pela liberalidade para com a Santa Casa a depender da forma de morte da testadora. Na análise de disposições de última vontade, ao intérprete cumpre ir além da exegese literal, perquirindo a real intenção do testador, e nesse rumo a doutrina e jurisprudência remansosas.

Dou assim por resumidos, na medida do possível, os alentados arrazoados da etapa inicial do processo.

Título II

DA REAL INTENÇÃO DA TESTADORA

14. Já a uma primeira leitura do testamento causa espécie, inclusive ao leigo, o condicionamento da instituição hereditária à concorrência de *morte não natural* da testadora. A rigor, juridicamente podemos distinguir a *morte natural* da *morte presumida*; todavia, e principalmente para efeitos securitários, é a expressão *morte natural* empregada mais freqüentemente em oposição à *morte accidental*, ou seja, à provocada por causa súbita e externa, alheia ao ciclo habitual de extinção da vida por doença ou velhice.

15. Ora, por que motivo iria alguém, se possuído do louvável intuito de retribuir trabalhos ou afetos, de aquinhoar pessoas amigas ou queridas, de contribuir para com entidades de benemerência, por que iria alguém *condicionar a liberalidade ao tipo de ‘causa mortis’*?

As deixas testamentárias, é certo, podem ser condicionadas a determinado evento externo possível, ou a determinada conduta lícita, ou omissão, por parte do beneficiário ou de terceiro; ou ao beneficiário podem ser impostos encargos. Todavia, *entre a condição ou o encargo, e a atribuição de legado ou a instituição de herdeiro, sempre existe, ou deve existir, uma relação lógica, compreensível, que empreste seriedade, juridicidade e validade à própria disposição testamentária.*

16. Ora, no caso concreto é dito pelos RR que a testadora, por motivos cuja intimidade não interessa ao direito, resolvera realmente beneficiar a Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre, e assim a instituiu herdeira de toda a metade disponível, portanto de patrimônio imobiliário valiosíssimo.

Se era esta a real intenção da sra. B., se almejou contribuir de forma tão substancial em favor da instituição filantrópica tão querida aos rio-grandenses, qual teria sido o motivo pelo qual *condicionou a liberalidade*, imensa liberalidade, em função de sua *causa mortis*?

Morresse de derrame cerebral, de tuberculose ou de enfarte do miocárdio, *a Santa Casa não seria herdeira*, e as filhas receberiam a totalidade do espólio; falecesse em acidente de trânsito, ou em queda de escada, ou atingida por um raio, *a Santa Casa seria herdeira*, e as filhas conseqüentemente deixariam de receber metade do patrimônio materno. Por que? Qual o motivo lógico, razoável, compreensível, próprio de pessoa em estado de boa higidez mental, para dispor de seus bens de forma tão absurda?

17. Alegam os AA, todavia, que a expressão *morte não natural* deve ser interpretada como se referindo à *morte por assassinato*, eis que a testadora era alvo, ou pensava estar sendo alvo, de ameaças à sua integridade física.

Neste caso a condição funcionaria, em última análise, *quer preventivamente* como um atípico 'seguro de vida' – pois seu marido e seus filhos teriam o maior interesse em conservar o patrimônio na propriedade de família; *quer como punição*, se o crime viesse a ocorrer, àquelas pessoas ou àquela pessoa a quem atribuída a responsabilidade pelo seu cometimento.

18. Como regra capital de interpretação de cláusulas testamentárias, impende buscar a *intenção do testador*: *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (Lei nº 12 no Digesto – *De Leg. iuris*) (Ferreira Alves, *Manual de Paulo Lacerda*, vol. XIX, 1917, p. 170).

A propósito, referiu Carvalho Santos, citando Mendes Pimentel:

“Na interpretação dos testamentos a questão única é uma *quaestio voluntatis*. Só se tem de apurar o que quis determinar o testador, para finalmente executar-lhe o intento.”

O espírito da disposição deve prevalecer sobre sua literalidade, quando evidentemente incorreta. Segundo Carlos Maximiliano:

“...se houve lapso, engano, impropriedade dos vocábulos para o efeito colimado, linguagem ampla em demasia (*plus dictum quam cogitatum*), ou restrita em excesso (*minus dictum quam cogitatum*), prevalece o espírito sobre a letra, a *vontade* sobre as palavras, de todo e qualquer ato jurídico” (*Direito das Sucessões*, vol. 1º, p. 617).

19. Conforme o magistério de Orozimbo Nonato, na interpretação dos testamentos a regra do art. 85 do C.Civ. assume aspectos ainda mais significativos:

“A interpretação *ad unguem* das palavras é desaconselhável quando põe em risco a vontade real do testador: – *ne propter nimiam subtilitatem verborum voluntates... morientur interpretantur*”. O que é necessário é rastrear aquela vontade através de todos os vestígios: – *semper vestigia voluntatis sequimur testatorum*; e ainda, como dizia Almeida e Souza, “a verossímil vontade contra a superfície das palavras” (*Notas a Melo*, 4, p. 254) (STF, ERE nº 4.791, in RT 146/834 e segs.).

20. Juan Jordano Barea, em clássica monografia, alude a que:

“*La jurisprudencia inglesa, en el tema específico de la interpretación del testamento, describe con una máxima muy viva el cometido del juez que ‘reconstruye’ la voluntad del difunto, subrayando la obligación del intérprete de asumir frente al caso la misma posición que el testador: el Tribunal debe ‘place itself in the shoes of the testator’*” (grifos nossos).

Considera este autor que a função do intérprete consiste:

“... más bien, en ‘reencarnar’ al testador: el intérprete ha de enfocar la declaración de última voluntad con el mismo espíritu del difunto. Su primer paso consiste, pues, en colocarse en la misma situación en que se hallaba el testador cuando dispuso. Así puede descubrir sus afectos, penetrar sus designios, determinar sus motivos y ponderar debidamente sus hábitos” (Interpretacion Del Testamento, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 81).

21. A interpretação do testamento apresentada como um processo lógico complexo, tendente a re-construir a vontade do disponente (Biondo Biondi, *Sucesión Testamentaria y Donación*, trad. esp., 2ª ed., Barcelona, Bosch Ed., p. 590), é igualmente a de Calogero Gangi, *verbis*:

“Per l’indagine della volontà del testatore occorre anche, quando ve ne sia bisogno, aver riguardo allo scopo della disposizione ed inoltre al modo di pensare e di esprimersi del testatore, alle sue condizioni fisiche, alla sua condizione sociale ed economica, alle sue condizioni di famiglia, al suo modo di vivere, ai suoi rapporti personali coi membri della sua famiglia o coi suoi parenti più prossimi, e colle persone da lui istituite nel testamento, all’ambiente in cui viveva, e talora anche agli usi del luogo del suo domicilio o della sua residenza, ed in generale a tutte quelle circostanze di fatto che possono servire ad illuminare il suo pensiero e la sua volontà, e quindi ad accertare l’esatto significato delle disposizioni testamentarie da lui fatte” (La Successione Testamentaria nel vigente Diritto Italiano, Milano, Giuffrè Ed., 1948, vol. II, n 698) (grifos nossos).

22. E para que o intérprete possa colocar-se ‘in the shoes of the testator’, quando o texto suscita perplexidades e dúvidas, poderá ele dissipar tais dúvidas “por via de provas aliunde, de elementos logrados fora do instrumento de última vontade”?

No caso objeto da consulta, será destarte lícito ao magistrado, para saber do real significado da expressão *morte natural*, valer-se da análise de provas contidas no processo, tais como a queixa da testadora perante a autoridade policial, os papéis

indicativos de seu sobressaltado estado de ânimo, depoimentos pessoais, suas querelas com os filhos, a separação do casal, o estado de saúde mental de dª B. etc.?

23. Responderia mestre Orozimbo Nonato que sim:

“A vontade de dispor há de constar no instrumento mesmo testamentário e não fora. E, assim, o exame dessa vontade resulta, antes que tudo, do contexto do ato testamentário.

Nada impede, porém, *que se procure esclarecer a vontade manifestada no testamento com elementos aliunde*” (*Estudos Sobre Sucessão Testamentária*, Forense, 1957, vol. III, nº 855) (grifo nosso).

No mesmo sentido a preleção de Antonio Cicu:

“É generalmente ammesso che nel caso in cui la dichiarazione nel testamento non sia chiara, si possa chiarire il significato delle parole ed espressioni adoperate dal testatore con ogni mezzo di prova, anche se trata da elementi assunti al di fuori dello scritto” (Testamento, Milano, Giuffrè Ed., 1951, p. 119) (grifo nosso).

Igualmente o prof. René Dekkers:

“Le principe de la méthode extrinsèque étant admis, il reste à s’entendre sur les moyens: à quels modes de preuve le juge aura-t-il recours, en dehors du testament?”

A toute espèce d’écrits (signés ou non signés): registres domestiques, papiers de famille, testaments antérieurs etc.

Même aux présomptions.

Mais on hésite quant à la preuve testimoniale...

... Pourtant, l’on ne voit pas, à la réflexion, ce qui permettrait d’écarter la seule preuve par témoins” (*Précis de Droit Civil Belge*, Bruxelles, 1953, t. 3º, nº 1.140).

24. Portanto, segundo autorizada doutrina, a perquirição da efetiva vontade do autor da herança, sempre que o teor literal do testamento venha a

suscitar perplexidade, poderá ser efetuada não apenas pela análise do próprio texto das disposições de última vontade, como igualmente por documentos, por testemunhos, por presunções, *pelo conjunto das provas, enfim, produzidas no processo.*

25. Parece evidente, ao jurista como ao leigo, *a profunda perplexidade* que as duas disposições do testamento vieram a suscitar, pela *absolutamente inusitada, pela estranhíssima e incompreensível condição imposta.*

Se almejou ela, *como elemento essencial de vontade*, realmente beneficiar a Santa Casa ante sua inegável benemerência, e beneficiá-la com patrimônio de imenso valor, por que simplesmente não a instituiu herdeira da metade disponível, *sem condição alguma?*

Como explicar, *explicar racionalmente*, uma liberalidade tão grande mas somente vigorante no caso de *morte acidental*, e não vigorante no caso de *morte natural?*

Por que a Santa Casa iria receber metade do espólio se a testadora morresse de acidente de trânsito ou por queda em escada, *mas nada receberia*, não obstante a sua benemerência permanecesse a mesma, se *falecesse a testadora de doença*, de qualquer doença caracterizável como morte natural?

26. Sejamos de logo explícitos: *não se encontra nenhuma explicação racional para uma instituição de herdeiro condicionada a um determinado gênero de causa mortis.*

Aliás, somente se conceberia, e assim mesmo em circunstâncias muito especiais, instituição testamentária relacionada com a causa de morte ou com o tempo de sobrevivência, em se cuidando, p. ex., de liberalidade em favor de médico assistente, ou de entidade hospitalar onde a testadora estivesse tratando de sua saúde.

Mas, *no caso objeto da consulta*, não se vê como, em adotando *exegese literal* do testamento, justificar racionalmente uma liberalidade imensa em favor da Santa Casa, vigorante somente se a

testadora encontrasse o fim de seus dias por acidente, mas não por moléstia.

E nem se compreende porque as legítimas dos filhos somente seriam gravadas com os pesados ônus da inalienabilidade etc., se a testadora falecesse de morte acidental! Mas se morresse de doença, as legítimas seriam recebidas sem qualquer ônus, sem qualquer “punição” às herdeiras.

27. As coisas, todavia, *tornar-se-ão claras se pesquisada a real vontade da testadora*, à luz dos elementos probatórios revelados no processo, expostos com minudência na inicial e na réplica e sujeitos ao crivo do contraditório. Aí, então, tudo se explica.

D^a B., com o espírito perturbado pelos sucessos de sua mui conflituosa separação judicial, e pela quebra do bom relacionamento com os filhos, passou a um *estado de temor* ante graves ameaças, reais ou putativas, que estaria sofrendo. A respeito de tal situação pessoal é reveladora a circunstância do tratamento com renomado psiquiatra, bem como o encontro entre seus pertences de vários recortes de jornais sobre tragédias familiares e sobre seu litígio com o marido, como narram os AA.

Aliás, as demandas de família soem revestir-se de aspectos lamentáveis, capazes de aquebrantar o ânimo dos litigantes, máxime se acicatados também pela disputa acirrada em torno à partilha dos bens, como ocorrente no caso em análise.

28. *No uso de perífrase*, pela dificuldade óbvia em expor ostensivamente seus receios, a testadora usou da expressão *morte não natural* como significativa de *morte decorrente de crime contra sua pessoa*. Se realmente pensasse ela na morte *por acidente (lato sensu)*, por que não empregar simplesmente a comuníssima expressão *morte por acidente?* Por que o emprego no testamento das expressões “não decorrer de morte natural”, ou “morte não natural”?

29. Através a deixa testamentária de metade dos bens à Santa Casa, em *liberalidade condicionada à sua morte por assassinato*, a testadora

pensou criar *fortíssimo elemento de dissuasão, de despersuasão ao cometimento do temido crime*. A manutenção dos bens *in integrum* no patrimônio da família, *o desejo de garantir a plenitude das legítimas dos filhos*, levaria seu marido, no entendimento da testadora, a desistir de qualquer intento malévolo; o testamento, portanto, terá sido utilizado à guisa de *seguro de vida*, de apólice de tranquilidade.

E tal utilização anômala mais se desvela pela “punição” aos filhos, através da imposição, às legítimas, das cláusulas de inalienabilidade etc., pois a instituição de tais gravames encontra normalmente motivação razoável na proteção ao próprio filho, portanto *motivação de todo desligada da ‘causa mortis’ do autor da herança!*

30. Apenas para não relegar ao oblívio a prova testemunhal relativa ao estado de espírito da testadora, vale reportação a breves trechos de algumas declarações.

Segundo o irmão da testadora, eng. P.P.C.C., 68 anos (f. 251), d^a B. “receava que algo de grave lhe acontecesse. Ela afirmou ao depoente que estava sendo ameaçada”.

Do depoimento constou que: “O depoente ouviu também de B. que, durante o período da separação, ela recebia ameaças por telefone e sua casa era vigiada. Ela não sabia exatamente que pessoas faziam esse tipo de ameaça. De qualquer forma, B. dizia que tudo isto vinha de parte do marido.”

Aliás, essa testemunha “foi com sua irmã ao Palácio da Polícia pedir providências para a proteção de B., dizendo que foi dado a ela uma policial, que durante um período esteve junto com B. fazendo a sua segurança. Também ficaram em frente à casa de B. alguns policiais, durante um período.”

No alusivo ao teor do testamento, a testadora teria falado ao depoente: “Ela lhe disse que: se morresse assassinada faria uma doação do que pudesse para a Santa Casa”. O depoente não lembra bem como B. lhe referiu, mas refere que ela falou sobre deixar gravames na parte que ficasse para os filhos”.

Mencionou a testemunha, no azo, que: “... o receio de dona B. e que a levou a fazer o testamento era com relação específica contra o marido. B. sempre disse que o testamento era para ela uma espécie de garantia, não especificando porque motivo estava atingindo a parte dos bens que cabia às filhas se o seu receio era com relação ao marido”.

31. Outro irmão da testadora, J.C., 63 anos, inativo, manifesta seu entendimento no sentido de que “a real intenção da testadora era punir de alguma forma quem acreditava estar lhe ameaçando a vida”. Menciona igualmente os problemas surgidos no período do processo de separação judicial: “Que na verdade, de início, na época da separação da testadora com seu marido e distanciamento para com os filhos, havia realmente um abalo psicológico”.

Alude que: “... outro motivo que trouxe abalo psicológico à testadora B. de C. foram ameaças que passou a receber através de telefonemas anônimos contra a sua vida; que esse fato foi declarado pela própria B. ao depoente e a levava a suspeitar que poderia partir esta ocorrência do seu marido;; que tem conhecimento que na época da separação marital sua irmã contratou seguranças, pois teve a oportunidade de vê-los na casa da mesma”.

O depoente C.C.S., 42 anos, economista (f. 241) fora convidado por um cunhado de d^a B. para ser testemunha do testamento. Refere que a testadora “veio agradecer a sua presença informando a ele que aquilo era uma segurança para ela num momento difícil que estava passando”.

Título III

DA CONDIÇÃO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL E DA INVALIDADE DAS DISPOSIÇÕES A ELA CONDICIONADAS

32. Temos assim apurado, pelo raciocínio lógico e pela análise do conjunto probatório, o *pensamento fundamental da testadora*, tomando em

conta, no magistério de Danz, arrimado em Dernburg:

“... todas las circunstancias que pudieron pesar sobre su ánimo en el momento de testar y teniendo presente todo lo que el causante pudo, según esto, querer o no querer” (apud Orozimbo Nonato, ob. cit., vol. III, nº 853).

33. Quais as consequências, no plano validade das disposições testamentárias, de uma condição subordinando, tanto a instituição de herdeiro como o gravame sobre as legítimas, ao cometimento de um ilícito criminal, qual seja o homicídio temido pela autora da herança?

Tal condição configura-se, à toda evidência, como juridicamente impossível:

“*Condiciones ilícitas o torpes – Son las que consisten en la realización de un acto o en la omisión de un comportamiento ordenado o prohibido por la ley o la moral*”... “*las condiciones ilícitas o torpes no podían realizarse más que contraviniendo la ley o la moral*” (Biondo Biondi, ob. cit., nº 203).

“Constituem condição juridicamente impossível todos os fatos que a lei não permite, ou que considera puníveis, por ofensivos à moral, aos bons costumes ou ao direito” (Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, Max Limonad, 1952, vol. II, nº 460).

“São condições juridicamente impossíveis as que são impedidas pelas próprias regras jurídicas cogentes” (Pontes de Miranda, *Tratado*, tomo LVI, 1968, § 5.704, nº 1).

34. Assentado tal ponto, pergunta-se:

A condição juridicamente impossível causa a nulidade do próprio ato testamentário, ou será tida por não escrita? Ou seja, “cai o ato ou cai a condição aposta?” (Pontes, ob. cit., § 5.704, nº 2).

Divergem a respeito as legislações, e a divergência encontra longa origem em Roma Imperial, no dissídio que lavrou entre as escolas dos *proculeianos* e dos *sabinianos*: enquanto os *proculeianos* tratavam com igualdade os contratos e os testamentos, a todos declarando nulos quando sub-

metidos a condições juridicamente impossíveis, já os *sabinianos* faziam distinção entre os contratos – que a condição ilícita invalidava –, e os atos de última vontade, nos quais reputavam inexistente a condição, convertendo-se pois em pura liberalidade.

35. O critério dos sabinianos predominou na prática e foi adotado pelo Direito de Justiniano, donde passou à jurisprudência francesa e ao direito espanhol, constando no Código de Napoleão. Já o Código austríaco consagrou a doutrina dos *proculeianos*, “y declaró nulas las disposiciones testamentarias hechas bajo una condición imposible o inmoral”; reportamo-nos, aqui, à excelente síntese de Santiago Fassi (*Tratado de los Testamentos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1971, vol. 2, nºs 1.213-1.214).

Este autor refere, mais, que o sistema austríaco foi seguido pelos Direitos venezuelano, uruguaio e chileno; pelo Direito brasileiro (com remissão ao art. 116 do C. Civ.) e pelo Direito argentino, *verbis*: “Vélez Sársfield debió tomar partido, y lo hizo en el sentido contrario a la solución francesa, disponiendo que la condición imposible o inmoral, lejos de ser intrascendente y tenerse por no escrita, aniquila la disposición testamentaria” (grifo nosso).

No próprio Direito francês, aliás, tornara-se prevalecente uma distinção: se a condição impossível e ilícita fosse a *causa impulsiva*, determinante da disposição testamentária afetada, esta seria nula; não assim quando a condição desempenhasse apenas um *papel secundário e acessório*, caso em que deveria ter-se por não escrita (Josserand, *Derecho Civil*, trad. esp., tomo III, vol. III, nº 1.545).

No caso sob consulta, diga-se, a condição juridicamente impossível apresenta-se inegavelmente como *causa impulsiva* das disposições testamentárias, eivadas assim de nulidade, mesmo se adotada fosse a doutrina sabiniana.

36. No direito brasileiro atual, segundo opinião dominante, com relação aos testamentos a mesma regra disposta no art. 116 do C. Civ.:

“Art. 116. As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa im-

possível, têm-se por inexistentes. *As juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados*".

No afirmar de Pontes de Miranda, afastou-se assim o direito brasileiro do direito romano, que distinguia atos entre vivos e *mortis causa*: "No declarar a vontade sob condição juridicamente impossível, há um como não declarar, um não querer o vínculo de direito"(ob. cit., § 5.704, nº 2; § 5.705, nº 1).

37. Orozimbo Nonato menciona que a solução franco-italiana (ou seja, a solução sabiniana) envolve cindir a vontade do testador para que uma parte dela prevaleça e outra não, "e isso em declaração inséctil, indeligiável"; e transcreve a manifestação de Espínola, de que quem quer um ato sob condição impossível *não o quer puramente*; destacar do ato a condição para anular esta e reconhecer aquele, é admitir no ato condicionado... dupla manifestação de vontade: uma pura e outra estabelecendo restrições à primeira, o que não corresponde à verdade dos fatos". Daí, segundo mesmo Espínola, a circunstância de que "quase todos os comentadores das leis que admitiram a regra sabiniana dirigem-lhe a crítica mais severa" (*apud* Orozimbo, ob. cit., vol. II, nº 574).

38. Vale transcrever excertos de Washington de Barros Monteiro, mestre de gerações, quem após aludir ao prístino dissídio e mencionar que a tese dos sabinianos, *post multa controversias*, foi aceita por Justiniano e atravessou os séculos para fixar-se em várias legislações contemporâneas, ensina taxativamente que:

"A solução do direito brasileiro, no entanto, insista-se, pende no sentido de tratar igualmente os atos *inter vivos* e os *mortis causa*, apesar de haver distinguido as condições fisicamente impossíveis das ilícitas, *para considerar inexistentes as primeiras e invalidar os atos em que se contenham as segundas*"(*Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões*, 11ª ed., Saraiva, pp. 141-142) (grifo nosso).

39. Itabaiana de Oliveira igualmente prelecionou:

"*As condições juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados*, e, portanto, prejudicam o herdeiro, ou o legatário, que por isso não poderá receber a herança, ou o legado. As condições juridicamente impossíveis produzem um efeito mais radical do que as fisicamente impossíveis, pois estas se consideram não escritas, e *aquelas anulam as instituições e os legados*"(ob. cit., nº 459) (grifo nosso).

40. É certo que alguns juristas, como v.g. Orlando Gomes, ficaram com a distinção sabiniana, tendo por não-escrita a condição impossível ou ilícita; mas assim pensam, com remissão a Savigny, pela *presunção* de que seria intenção do testador instituir o herdeiro ou o legatário "*independentemente da condição, além do que os instituídos são inocentes da condição imposta*" (*Sucessões*, 4ª ed., Forense, nº 122).

No caso sob consulta, como longamente exposto, tal 'presunção' simplesmente inexistiu: a Santa Casa não seria aquinhoadada senão sob a esdrúxula condição, vinculada à tranquilidade pessoal da testadora, coagida por seus receios e seu timorato estado de ânimo. E não parece relevante o argumento da 'inocência' do beneficiário, pois não é admissível, como visto, 'separar' uma manifestação de vontade por si mesmo inséctil, ou seja, a disposição testamentária e a sua inerente condição de eficácia, eivada de caráter ilícito pela sua tipicidade penal.

Título IV

CONCLUSÕES

41. Ante todo o exposto, entendemos que a perquisição da efetiva vontade da testadora leva à conclusão de que instituiu a Santa Casa sua herdeira, deferindo-lhe metade do patrimônio, *com a vontade viciada, coacta pelo temor de grave dano*. Por isso

a instituição ficou subordinada à condição, de todo surpreendente, de que o falecimento ocorresse por 'morte natural', ou seja, *na efetiva vontade da testadora, por seu assassinato*. "*Magis dixit quam voluit*", por motivos os mais compreensíveis.

A instituição de herdeiro, ou a imposição de gravames, sob a condição de cometimento de um crime, porque condição ilícita e torpe, invalida as próprias disposições testamentárias a ela subordinadas.

42. Tendo em considerar ação os quesitos formulados, *assim passo a respondê-los:*

1º) *A expressão "morte não natural" deve ser interpretada, tendo em vista as provas coligadas e os critérios de razoabilidade e de crítica sã, como "morte da testadora decorrente de homicídio doloso";*

2º) *Cuidando-se de condição juridicamente impossível, e sendo incindível a manifestação de vontade, consideram-se nulas a própria instituição de herdeiro, submetida a tal condição, e a imposição*

às legítimas dos gravames do artigo 1.723 do C. Civ., igualmente sujeita à mesma condição;

3º) *Como o testamento se resume à instituição de herdeiro e à imposição dos aludidos gravames, a nulidade de suas disposições implica na nulidade substancial do próprio testamento;*

4º) *De outra parte, como a condição 'morte por homicídio' não ocorreu, igualmente podem as disposições testamentárias ser tidas como ineficazes pela caducidade;*

5º) *Em última análise, o próprio testamento foi manifestado por dº B. por considerar-se ela vítima de ameaças graves à sua vida e integridade física, devendo pois ser considerada sua vontade como viciada por coação, e o testamento anulável.*

É meu parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 6 de setembro de 1994 – *Athos Gusmão Carneiro*, Prof. de Direito Processual Civil na UFRGS; Ministro (aposentado) do STJ; Advogado.